

**¿DERECHOS FUNDAMENTALES, FUNDAMENTALÍSIMOS O,
SIMPLEMENTE, DERECHOS?
EL PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS
EN EL VIEJO Y EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO**

*FUNDAMENTAL RIGHTS, VERY FUNDAMENTAL RIGHTS OR,
SIMPLY, RIGHTS?
THE PRINCIPLE OF INDIVISIBILITY OF RIGHTS
IN THE OLD AND THE NEW CONSTITUTIONALISM.*

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ
Universidad de Extremadura

Fecha de recepción: 10-11-08
Fecha de aceptación: 21-2-09

Resumen; *Derivado de un tratamiento igualitario de todos los grupos de derechos surge el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos. El presente trabajo analiza las causas que han hecho que este haya sido un principio tradicionalmente ignorado en el constitucionalismo clásico, así como sus consecuencias.*

Sólo durante las últimas décadas, los tratados internacionales de derechos humanos y los nuevos procesos constituyentes, especialmente en América Latina, están recuperando el principio de indivisibilidad de los derechos, abriendo una etapa en la que surge un nuevo constitucionalismo de los derechos basado en la plena protección y justiciabilidad de todos los derechos.

Abstract: *Derived from an equal treatment of all the groups of rights arises the principle of right's indivisibility and interdependence. This paper analyzes the causes which have done that this principle has been traditionally ignored in the classic constitutionalism, and the consequences of it.*

Only in recent decades, the international human rights treaties and the new constituent processes, particularly in Latin America, are recovering the principle of right's indivisibility, opening a new era in which is emerging a new



constitutionalism of rights based on full protection and judicial enforcement of all the rights.

Palabras clave: derechos fundamentales, Constitución, naturaleza jurídica de los derechos, indivisibilidad de los derechos.

Key words: fundamental rights, Constitution, legal nature of rights, right's indivisibility.

1. INTRODUCCIÓN

La guerra fría puso fin a lo que venía siendo un debate equilibrado de los derechos entre los años 1914 y 1947, y que culminó con la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual reconoce conjuntamente, de manera mezclada y sin ningún tipo de clasificación ni distinción entre ellos, derechos de todo tipo: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales¹.

La llegada de la guerra fría y de la lucha entre bloques ideológico-territoriales opuestos (capitalista-socialista), cada uno de ellos anclado en la defensa de un grupo de derechos y exclusión de los otros, supuso el inicio de la fragmentación y categorización de los distintos grupos de derechos. La diferenciación en las Constituciones entre derechos fundamentales y no fundamentales (o incluso, entre derechos y “no derechos”), se constituye, a partir de este momento, como una categorización al servicio de los distintos paradigmas ideológico-políticos de “negación parcial de derechos”², en tanto que de esta diferenciación se derivan grados distintos de protección para cada uno de los grupos de derechos.

No será hasta la llegada de algunos de los tratados internacionales de derechos humanos de las últimas décadas y de los cambios constitucionales ocurridos en América Latina, también en los últimos años, que se ha abierto de nuevo un campo muy favorable para poder recuperar aquel debate equilibrado de los derechos previo a 1947, y poder consolidar un neoconstitucionalismo de los derechos construido sobre la idea del reconocimiento integral y de la indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos.

¹ P. ALSTON, “Economic and Social Rights”, en L. HENKIN y J.L. HARGROVE (eds.), *Human Rights: an Agenda for the Next Century*, ASIL, Washington DC, 1994, p. 152.

² G. PECES-BARBA, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 58 y ss.



2. GUERRA FRÍA Y CONFORMACIÓN DE LOS MODELOS DE NEGACIÓN PARCIAL DE DERECHOS

Denominamos modelos de negación parcial de derechos a aquellos modelos o tesis sobre el contenido de los derechos que limitan a un sector de los mismos su justificación y reconocimiento. Desde esta perspectiva se rechazan otros derechos, básicamente, por razones ideológicas. Se aceptan aquellos derechos que se encuentran *intramuros* de una determinada concepción ideológica y se excluyen los que se encuentran *extramuros* de esta concepción³. Estos son, por tanto, modelos de fragmentación o atomización de los derechos, contrarios al principio de indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los derechos.

Los grandes modelos históricos de negación parcial de derechos han sido, el modelo liberal, que limita los derechos a aquellos que suponen una no interferencia en la libre autonomía de la voluntad individual, esto es, los derechos civiles y políticos. A este grupo de derechos se le considera cerrado y excluyente, y se rechaza cualquier ampliación pensando que pone en peligro la libertad. Por tanto, su rechazo afectará a los derechos económicos, sociales o culturales, a los que en adelante me referiré como DESC o simplemente como derechos sociales, que no se les considera derechos fundamentales; y, el modelo propio del socialismo real, ya no existente hoy en día, que a la inversa del anterior, reconocía como derechos fundamentales los DESC y rechazaba los derechos civiles y políticos.

El principal episodio de enfrentamiento entre estos dos modelos fue la imposibilidad de que los países que integraban la Asamblea General de Naciones Unidas, divididos en los dos bloques ideológicos de la guerra fría, pudieran ponerse de acuerdo y aprobar un único Pacto Internacional de Derechos Humanos⁴

³ G. PECES-BARBA, *Ibid.*

⁴ Cuando en la Asamblea General de Naciones Unidas se discutía la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en 1948, una de las cuestiones en discrepancia que se pusieron de manifiesto entre los Estados fue la forma que tenía que adoptar la Declaración. Un grupo de países defendía que debía adoptar un carácter meramente programático de alcance moral y sin ninguna fuerza vinculante para los Estados, y otro grupo defendía que la Declaración fuese un tratado jurídicamente obligatorio para los Estados que llegasen a ratificarla. La primera de estas posturas fue la que acabó imponiéndose, pero con el compromiso de los Estados de que en los próximos años elaborarían y aprobarían un Pacto Internacional de Derechos Humanos que desarrollaría los derechos de la Declaración y establecería mecanismos de garantía de los mismos, pacto que sería obligatorio para los Estados firmantes. La imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre los derechos que debía contener este Pacto hizo que finalmente, en 1966, no se aprobara un Pacto sino dos.



(los países alineados al bloque capitalista defendían que sólo los derechos civiles y políticos eran derechos humanos y los DESC no, y los países alineados al bloque socialista defendían lo inverso), y la aprobación, en 1966, en la Asamblea General de Naciones Unidas, de dos Pactos por separado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de DESC (PIDESC), cada uno de ellos con los votos del bloque de países correspondiente.

La guerra fría, por tanto, trajo nefastas consecuencias, especialmente para los DESC, reforzando la identificación de estos como un grupo de derechos diferente y separado de los civiles y políticos⁵, lo que ha hecho que en el modelo liberal que es el que se acabó imponiendo, los derechos sociales se hayan encontrado siempre en una situación de “minoría de edad” con respecto los derechos civiles y políticos⁶.

Este desequilibrio entre grupos de derechos, opuesto al principio de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos, se ha manifestado en lo que llamaré viejo constitucionalismo, a través de: 1. la diferenciación entre derechos fundamentales y no fundamentales; y, 2. la visión acerca de la distinta naturaleza jurídica de los grupos de derechos, de la que se deriva la idea de los derechos sociales como no derechos.

3. LA DIFERENCIA ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y NO FUNDAMENTALES

Existen un gran número de Constituciones que diferencian en su articulado entre derechos fundamentales y no fundamentales.

La Constitución colombiana de 1991, por ejemplo, dentro de su Título II “De los derechos, las garantías y los deberes”, recoge a los derechos civiles y políticos en el Capítulo I “De los derechos fundamentales”, y en cambio, recoge a los derechos sociales en un capítulo separado, el II “De los derechos sociales, económicos y culturales”, con lo cual, a diferencia de los primeros,

⁵ P. ALSTON, “Economic and Social Rights”, cit., p. 152.

⁶ El propio Comité de Naciones Unidas para los DESC ha reconocido en su Comentario General no. 9 sobre la aplicación en los distintos países del PIDESC, que existe una inferior posibilidad de los ciudadanos de poder reclamar por vía judicial, tanto a nivel internacional como nacional, una efectiva implementación de sus derechos sociales que de sus derechos civiles y políticos (Ver: UN Doc.E/C.12/1998/24,#10).

a los que se otorga “fundamentalidad”, estos segundos son considerados como “no-fundamentales”.

Para poner otro ejemplo, la Constitución peruana de 1993 reconoce sólo los derechos civiles como derechos fundamentales de la persona (Capítulo I del Título I) y a continuación, nombra en otros Capítulos, los derechos políticos y los derechos sociales y económicos como derechos no fundamentales.

Esta diferencia entre derechos fundamentales y no fundamentales, muy común también en el constitucionalismo tradicional europeo, es importante por dos cuestiones:

1. En primer lugar porque denota un posicionamiento ideológico claramente liberal de estas Constituciones. Una Constitución no es una norma neutral, en el sentido de instaurar normas y procedimientos que puedan orientarse a cualquier fin, sino que todo texto constitucional se inscribe en una ideología concreta que se refleja en su contenido. Se llama “Fundamentales” a determinados derechos con el objeto de destacar su importancia decisiva en relación con los otros, se entiende que si a unos derechos se les califica de fundamentales y a otros no, es por el carácter relevante que se quiere otorgar a los bienes e intereses que los primeros protegen, los cuales se constituyen como fundamento del resto del ordenamiento jurídico.

En este sentido, al definir los derechos individuales como fundamentales y los derechos sociales como no-fundamentales, las Constituciones citadas están ubicando a los derechos individuales como derechos “de primera” que vinculan a los poderes públicos y a los particulares, y a los derechos sociales como simples instrumentos funcionales para corregir las disfunciones de la antinomia libertad-igualdad⁷; y,

2. En segundo lugar, porque derivado de la calificación de los derechos individuales como derechos fundamentales y de los derechos sociales como no fundamentales, se desprenden grados distintos de protección para cada uno de estos grupos de derechos. No son las garantías que se asignan a un derecho lo que determina su carácter de fundamental o no, sino que es a la inversa⁸. En los ordenamientos jurídicos actuales, el sólo reconocimiento de unos derechos como fundamentales comporta la atribución de un conjunto de garantías que los otros derechos no tienen, como el

⁷ U. CERRONI, *Marx y el derecho moderno*, Jorge Álvarez, Buenos Aires, 1965, pp. 170-173.

⁸ G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007, p. 81.



principio de aplicación directa de los derechos u otros mecanismos jurisdiccionales⁹.

Existen varias tesis que han intentado justificar, sin demasiado éxito, este desigual trato a los diferentes grupos de derechos. Una de las más extendidas afirma que el desigual trato entre derechos civiles y políticos y derechos sociales se debe a la distinta naturaleza de las medidas que se necesitan para hacer efectivos cada uno de estos grupos de derechos. Esta es una visión que diferencia entre los derechos civiles y políticos como derechos “negativos” y los derechos sociales como derechos “positivos”¹⁰.

La clasificación responde al hecho de que, según afirman los defensores de esta visión¹¹, los derechos civiles y políticos no requieren de intervención del Estado para ser realizados y, por tanto, su cumplimiento es gratuito o casi-gratuito. Los derechos civiles y políticos, nos dicen, sólo imponen al Estado un conjunto de prohibiciones (la prohibición contra la tortura y la esclavitud, la prohibición de privar arbitrariamente a alguien de su libertad, la prohibición de interferir en la privacidad de alguien o en su libertad de expresión, asociación o circulación, etc.). Para respetar estos derechos lo único que tiene que hacer el Estado es no practicar tortura, detenciones arbitrarias, persecución religiosa, etc.. Por tanto, respetar estos derechos le sale al Estado gratis o, en cualquier caso no le supone un gasto por encima del exigido para asegurar la existencia del Estado.

En cambio, la aplicación de los derechos sociales sí requiere de intervención estatal así como de un importante gasto económico, lo que hace que sea

⁹ Para continuar con uno de los ejemplos puestos: en la Constitución colombiana de 1991, la acción principal de protección de los derechos, la acción de tutela, equivalente a lo que en otros países se llama acción de amparo, puede ejercerse por vulneración de un derecho fundamental (derechos civiles y políticos), pero no por vulneración de un derecho no fundamental (derechos sociales) (art. 86 Constitución Colombia 1991). Otra cosa es que la Corte Constitucional, debido a su composición mayoritariamente progresista, mediante el uso de la estrategia de recontextualizar la violación de derechos sociales en violaciones de derechos civiles cuya justiciabilidad no está en duda, haya admitido a trámite la tutela de derechos sociales, pero de lo que se desprende literalmente del texto constitucional, ello no sería posible.

¹⁰ Esta clasificación fue introducido por: C. FRIED, *Right and Wrong*, Harvard University Press, Cambridge, 1978.

¹¹ V. KARTASHKIN. “Economic, Social and Cultural Rights” en K. VASAK y P. ALSTON (eds.), *The International Dimensions of Human Rights*, Greenwood Press, París, vol. I. 1982; E. Van de LUYTGAARDEN, *Introduction to the theory of Human Rights Law*, Universidad de Utrecht, Utrecht, 1993.



mucho más difícil aplicarlos¹², de ahí que no se pueda dotar a los derechos sociales de aquellas características que son inherentes a los derechos fundamentales, como es la aplicabilidad directa o aquellos mecanismos jurisdiccionales de justiciabilidad llamados, usando la expresión de Nestor Pedro Sagüés, “especialmente constitucionales”¹³ (recurso de amparo, etc.).

Ahora bien, esta distinción entre derechos civiles y políticos como derechos negativos y derechos sociales como derechos positivos, es muy discutible.

Lo es por dos lados, primero porque es discutible que el reconocimiento de los derechos civiles y políticos no implique costo económico alguno para el Estado. No todos los derechos civiles son negativos, ya que algunos de ellos no imponen el deber al Estado o a otra gente de no intervenir, sino al contrario, de intervenir. Está claro que el derecho civil a la tutela judicial efectiva no es un derecho negativo sino positivo, impone al Estado el deber de ejercer justicia y, por tanto, de ofrecer un servicio a la gente. O que el derecho político a votar es también un derecho positivo pues implica el deber del Estado de organizar procesos electorales¹⁴.

Y segundo, porque aunque reconocer los derechos sociales implicara mayor costo económico que reconocer los civiles o políticos, sea el que sea, podríamos decir, de acuerdo con determinada jurisprudencia, que existen

¹² Sobre esta distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales ver: M. BOSSUYT, “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”, *Revue des droits de l’homme*, vol. 8, 1975, pp. 783-813; M. BOSSUYT, *L’interdiction de la discrimination Dans le droit International des droits de l’homme*, Bruylant, Bruselas, 1976. pp. 173-217; T. Van BOVEN. “Distinguishing Criteria of Human Rights” en K. VASAK y P. ALSTON (eds.). *The International Dimensions of Human Rights*, cit. pp. 43 y 48-49; Citados por G.J.H. Van HOOF, “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views” en P. ALSTON y K. TOMASEVSKI (eds.), *The Right to food*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984, p. 103.

¹³ N.P. SAGÜÉS, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, Porrúa, México, 2004, p. 65.

¹⁴ Tampoco los derechos sociales conllevan sólo obligaciones positivas, sino también negativas. Por ejemplo, el derecho a la subsistencia conllevan unas obligaciones negativas, tanto del Estado como de las demás personas, de abstenerse de actuar contra nadie en manera que menoscabe sus recursos de subsistencia. La inembargabilidad de la vivienda familiar, establecida en muchas Constituciones, es una obligación negativa de no interferir en el legítimo derecho de una familia a tener una vivienda digna. (Sobre el tema de las obligaciones positivas y negativas de los derechos, ver: C. FABRE, *Social Rights under the Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 2000, p. 44).

bases legales y racionales para argumentar que ello no sería justificación para no garantizar su plena eficacia¹⁵.

Por tanto, parece claro que esta justificación para intentar explicar el desigual trato a los diversos grupos de derechos no es muy convincente.

4. LA VISIÓN ACERCA DE LA DISTINTA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS GRUPOS DE DERECHOS. ¿LOS DERECHOS SOCIALES COMO NO DERECHOS?

Este desequilibrado trato derivado de la categorización, por algunos textos constitucionales, de los derechos civiles y políticos como derechos fundamentales y de los derechos sociales como derechos no fundamentales, se agudiza todavía más en el caso de otras Constituciones, como la Constitución española de 1978, en la que los derechos sociales, a diferencia de los civiles y políticos, no es que no sean considerados como derechos fundamentales sino que ni tan sólo se consideran derechos, afirmándose que son otro tipo de normas legales, concretamente, garantías institucionales, principios o directrices para guiar las políticas sociales¹⁶, pero no derechos.

¹⁵ Fijémonos, por ejemplo, en el siguiente caso: en Estados Unidos, durante la década de los 70, las condiciones de sobrepoblación e insalubridad de muchos centros de detención provocaron la presentación ante las cortes de diversas demandas alegando vulneración de la octava enmienda de la Constitución, que establece la prohibición de lo que llama "cruel and unusual punishments". Cuando los jueces pedían explicaciones a los administradores de estos centros, respondían que ellos no tenían culpa alguna, que las pobres condiciones en que se encontraban los centros de detención era fruto de la falta de financiación estatal. Frente a esta respuesta, las Cortes señalaron que la falta de recursos nunca puede ser una justificación para privar a alguien de sus derechos constitucionales, y que si el Estado no puede obtener recursos para garantizar a las personas que detenga, el respeto de todos sus derechos constitucionales, entonces simplemente no está permitido que el Estado detenga más personas. Con ello, las Cortes norteamericanas reconocieron que el respeto de los derechos civiles no es gratuito y sin embargo, no por eso, la falta de presupuesto no puede usarse para justificar la vulneración de un derecho civil. Parece claro pues, que esta regla deba aplicarse también para el caso de los derechos sociales (ver: *Hamilton v Love*, 328 F Supp 1182, 1194 (E D Ark 1971). Citado por: P. HUNT, *Reclaiming Social Rights. International and Comparative Perspectives*, Dartmouth, Londres, 1996, p. 56).

¹⁶ Ver: A. EIDE, "Economic, social and cultural rights as human rights" en A. EIDE, K. KRAUSE y A. ROSAS (eds.), *Economic, social and cultural rights: a textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1995. p. 22; E.W. BÖCKENFORDE, "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales", en *Escritos sobre derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden,

La Constitución española define los derechos civiles y políticos como “derechos fundamentales” (art. 15 a 29) y los derechos sociales como “principios”, ubicándolos dentro del capítulo “Principios rectores de la política social y económica” (art. 39 al 52)¹⁷.

Esta idea de concebir a los derechos sociales no como derechos sino como principios, ha servido para ponerlo en conexión con la idea de que los derechos civiles y políticos son derechos que requieren de especial protección y los sociales no.

Alguno de los principales argumentos que han utilizado aquellos que afirman que los derechos sociales no son “auténticos” derechos sino principios o directrices, es que no cumplen las características que cumplen los derechos civiles o políticos. La fórmula “X tiene un derecho a Y, en virtud de P”,

1993; F. LAPORTA, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en J. BETEGÓN, *et.al.* (ed.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2004, pp. 297-326.

¹⁷ Algunos autores definen el papel de estos principios o derechos en el interior de la Constitución española como “derechos aparentes o prometidos” (J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 24), o como “declaraciones retóricas que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurídico” (F. GARRIDO FALLA, “El artículo 53 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, 1979, p. 176). Además así lo considera el propio Tribunal Constitucional. De un lado, a partir de identificar la inviable tutela directa a través del recurso de amparo con la imposibilidad de perfilar posiciones subjetivas a partir de los principios rectores, el TC da a entender que de los principios rectores no cabe obtener ningún tipo de derecho subjetivo (ATC 241/1985). De otro lado, subraya el carácter no vinculante de los medios necesarios para cumplir los fines o las prestaciones constitucionales; por ejemplo, en relación al principio de protección familiar (art. 39) sostiene que “es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo el mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte *a priori* constitucionalmente obligado” (STC 222/1992); y, lo mismo cabe decir de la seguridad social, pues si bien corresponde a todos los poderes públicos la tarea de acercar la realidad al horizonte de los principios rectores, de “entre tales poderes son el legislador y el gobierno quienes deben adoptar decisiones y normas...” (STC 189/1987). Finalmente, tampoco parece haber acogido el criterio de “irregresividad” o irreversibilidad, estos es, la idea de que, si bien los derechos prestacionales no imponen una obligación de “avanzar”, sí establecen una prohibición de “retroceder”: del art. 50, relativo a la protección de los ancianos, no se deduce el deber de mantener “todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual” (STC 134/1987) (L. PRIETO SANCHÍS, “El constitucionalismo de los derechos”, en M. CARBONELL (ed.), *Teorías del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, p. 232).

sólo es coherente, nos dicen, si se puede dar una explicación convincente: a) de quien es el titular del derecho (X); b) de a qué tiene derecho, es decir, cuál es el contenido del derecho (Y); y, c) de la razón por la cual este sujeto tiene tal derecho. Estas explicaciones, nos dicen los defensores de esta tesis, sólo se pueden dar en el caso de los derechos civiles y políticos, pero no en el caso de los derechos sociales ya que no son derechos universales, no es posible establecer la naturaleza de las obligaciones que crean y no tienen su fundamento en valores morales sino en preferencias¹⁸.

Este es un argumento, en mi opinión, falso. Veamos cada una de estas afirmaciones:

“... Los derechos sociales no son universales”

Existen diversas teorizaciones sobre la no universalidad de los derechos sociales. M. Cranston afirma que los derechos sociales no son universales, sino condicionales¹⁹. Su justificación es que los derechos sociales no se aplican siempre a todas las personas, por ejemplo, el derecho a vacaciones pagadas, es un derecho que se aplica sólo a los trabajadores, y como que no todos somos trabajadores, el derecho no es universal sino condicional, “tu tienes el derecho X si cumples la condición C”. No obstante, si utilizáramos esta lógica, también tendríamos que decir que los derechos civiles y políticos tampoco se aplican a todo el mundo siempre. Por ejemplo, el derecho a la presunción de inocencia, regulado en el art.11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se aplica sólo a aquellos sujetos que se encuentran imputados penalmente. O el derecho a la propiedad, se aplica sólo a las personas que tienen propiedad. O los derechos políticos se aplican sólo a los nacionales del país, no a los extranjeros. Por tanto, no existirían derechos universales, todos serían condicionales²⁰.

En el discurso diario o cotidiano cuando decimos que la gente tiene derecho a un juicio transparente y con garantías, intuitivamente no sólo asociamos este derecho a los que están involucrados en un juicio sino a todas las personas, lo mismo pasa con el derecho a la asistencia sanitaria, no sólo lo asociamos a los que están enfermos sino a todos. Los derechos, tanto civi-

¹⁸ R. PLANT, “Needs, Agency and Welfare Rights”. en J.D. MOON (ed.), *Responsability, Rights and Welfare: A Theory of the Welfare State*, Westview Press, Boulder, 1988.

¹⁹ M. CRANSTON, “Human Rights, Real and Supposed”, en D.D. RAPHAEL (ed.), *Political Theory and the Rights of Man*, Macmillan, Londres, 1967.

²⁰ Sobre la distinción entre derechos condicionales y derechos categóricos, ver: J.J. THOMPSON, *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, 1990.

les, políticos o sociales, son por tanto, derechos categoriales de los cuales todos somos titulares²¹.

Existe otro argumento contra la universalidad de los derechos sociales elaborado por L.W. Sumner y que se encuentra plenamente vigente en el pensamiento de muchos abogados. Este dice lo siguiente: los recursos son escasos y, en consecuencia, las necesidades de todos no pueden ser satisfechas, con lo cual no es cierto que todos los necesitados tengan derecho a los recursos necesarios para satisfacer sus demandas²². La respuesta a este argumento la ha desarrollado C. Fried, señalando que en situaciones de conflicto de derechos entre dos personas, hay que aplicar el criterio de prioridad, que supone proteger el derecho de una de las partes y vulnerar el de la otra, pero eso no quiere decir que la segunda parte no sea titular del derecho universal respectivo²³.

Cuando se otorgan recursos para resolver necesidades de la gente, se tiene que ver la situación de los distintos potenciales destinatarios y decidir a cual hay que priorizar. Supongamos que dos personas necesiten una casa y sólo hay disponible una, habrá que mirar la situación de los dos ya que puede ser que uno de ellos esté enfermo y la necesite con mayor urgencia, pero eso no quiere decir que la otra persona no tenga derecho a una casa, y que tener una casa no sea un derecho universal²⁴.

“... no es posible establecer la naturaleza de las obligaciones que los derechos sociales crean”

El problema no reside en que no sea posible establecer la naturaleza de las obligaciones que los derechos sociales crean, sino en que no se ha realizado un trabajo legislativo, judicial o doctrinario de desarrollo de sus bases conceptuales y contenidos, lo que supone inconvenientes y límites a la hora de poder aplicar estos derechos. Pero ello no quiere decir que no se pueda

²¹ C. FABRE, “Social Rights under the Constitution”, cit. pp. 26-32.

²² L.W. SUMNER, *The Moral Foundation of Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1987.

²³ C. FRIED, “Right and Wrong”, cit.

²⁴ Como ha señalado A. Sen esta argumentación presenta algunos problemas. En muchos ocasiones es muy difícil poder definir el interés de quien es más importante que el de quien. Si A necesita tratamiento médico por bronquitis crónica y B necesita una casa, y no hay recursos suficientes para cubrir las necesidades de los dos, ¿qué necesidad es más importante? Sin embargo, aunque es cierto que hay que reconocer esta dificultad, ella no niega el carácter universal de los derechos sociales, primero porque A y B tienen un derecho que hace que los recursos sean gastados en uno de ellos, en lugar de en otra cosa menos importante y, segundo, porque tanto A como B tienen derecho a que el Estado siga adoptando las medidas necesarias para que sus necesidades puedan ser cumplidas (A. SEN, *Inequality Re-Examined*, Clarendon Press, Oxford, 1992).



hacer, ante el problema de la falta de especificación del contenido de los derechos sociales, Argentina, por ejemplo, ha probado de dar contenido a algunos derechos sociales como el de la asistencia sanitaria, a través de definir el tipo y alcance de tratamiento que todo centro sanitario debe dar²⁵. Paralelamente, una cada vez mayor jurisprudencia de casos nacionales en materia de derechos sociales ayuda también a ofrecer criterios de interpretación de los mismos, resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de las cortes inferiores de Argentina en relación al derecho a la asistencia sanitaria²⁶, numerosas sentencias de la Corte Constitucional colombiana o jurisprudencia de protección del consumidor y del medioambiente en Brasil²⁷.

“... Los derechos sociales no tienen su fundamento en valores morales sino en preferencias”

Una objeción tradicional a los derechos sociales es que muchas veces no responden a necesidades básicas sino a preferencias y, por tanto, no tienen su fundamento en la dignidad humana.

Sin duda, esta es una visión difícilmente aceptable desde la teoría de los derechos fundamentales. Entender esta “no aceptación” obliga a detenernos en la noción de derechos fundamentales.

Como han señalado diversos autores, los derechos fundamentales son la integración de dos elementos: moral y derecho. Todo derecho fundamental es, a la vez:

²⁵ Ver: Argentina, Leyes 23660 y 23661; Decretos Presidenciales 492/95 y 1615; Resoluciones Ministeriales del Ministro de Salud y Acción Social 247/1996 y reformas (157/1998, 542/1999, 939/2000, 1/2001).

²⁶ Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencias: Campodonico de Beriacqua, Ana Carina 24/10/2000; Laudinicia, Ángela Francisca 9/3/2004; Lifschitz, Graciela Beatriz 15/6/2005; Martín, Sergio Gustavo 8/6/2004 (estos son casos donde la Corte Suprema ordenó a la administración y otros proveedores del servicio de salud cubrir el tratamiento y entregar medicación al demandante); Ver también: Corte de apelación civil y comercial de Bahía Blanca, Sección II, en *C. y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social de la provincia de Buenos Aires*, 9/2/1997, donde la corte local de apelación ordenó al gobierno provincial dar mediación a 34 enfermos de SIDA; Corte administrativa de apelación federal de Argentina, Sección IV, en *Viceconte, Mariela* 2/6/1998, donde la Corte federal de apelación ordenó garantizar la producción de una vacuna en un momento en que amenazaba la interrupción de financiación para ello (C. COURTIS, “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”, en R. GARGARELLA, P. DOMINGO y T. ROUX (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Ashgate, Aldershot, 2006, p. 181. nota 15).

²⁷ C. COURTIS, “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”, cit. p. 172.

1. Una pretensión moral de justicia construida sobre los elementos que conforman la idea moderna de dignidad humana y realización integral de la persona en la vida social. En la cultura moderna influida por el pensamiento liberal, democrático, socialista, y post-materialista (post-mayo del 68) estos elementos son básicamente cuatro: no interferencia en la libertad; participación en el ejercicio del poder; prestación de servicios; y, reconocimiento de la identidad cultural, sexual, nacional, etc. y protección del medio ambiente. Elementos que aparecen en el fundamento de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales y colectivos²⁸; y,

²⁸ Aquellos elementos que conforman la idea moderna de dignidad humana han variado según los autores. Norberto Bobbio en la introducción de "El tiempo de los derechos" señala como fundamentos de esta idea de dignidad humana el elemento de limitar la interferencia del poder en los ámbitos de libertad personal (derechos civiles) y el elemento de recibir prestaciones o beneficios del poder (derechos sociales). No hace referencia, sin embargo, al elemento de participación de las personas en el ejercicio del poder, el propio Bobbio en su artículo "¿Qué alternativas a la democracia representativa?, había teorizado lo que él llamaba las tres paradojas de la democracia actual (el Estado como gran conglomeración humana, la tecnocracia y la burocracia, y la cultura del consumo y el hombre-masa), a partir de las cuales justificaba la imposibilidad de participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder y defendía la delegación de la soberanía a manos de los representantes, quizá por esto no incluye este elemento en su idea de dignidad humana (N. BOBBIO "¿Qué alternativas a la democracia representativa?", Universidad de Chile, núm. 16, 1980). Sin embargo, este aspecto le supondrá a Bobbio la posterior crítica de Gregorio Peces-Barba en sus "Lecciones de Derechos Fundamentales", donde a los dos elementos ya previstos por Bobbio, Peces-Barba incorpora el elemento democrático (G. PECES-BARBA, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit.). No obstante, el análisis de Peces-Barba también es insuficiente, en tanto olvida el elemento de reconocimiento de la identidad cultural, sexual, nacional, etc. y la protección del medio ambiente.

Paralelamente, Luigi Ferrajoli ha indicado tres criterios axiológicos sugeridos, nos dice, por la experiencia histórica del constitucionalismo estatal e internacional, que fundamentan los derechos fundamentales.

El primero de estos criterios es el del nexo entre derechos humanos y paz instituido en el preámbulo de la Declaración universal de 1948. Deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también en un mundo en el que sobrevivir es siempre menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia.

El segundo criterio, particularmente relevante para el tema de los derechos de las minorías, es el del nexo entre derechos e igualdad. La igualdad es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad, que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales (de nacionalidad, de sexo, de lengua, de religión, de condiciones personales y sociales, etc.) que hacen de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras; y, en segundo lugar, igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales.

2. La recepción de esta pretensión moral de justicia en el derecho positivo. Una pretensión moral de justicia no deja de ser simplemente una pretensión si no se pone a su servicio un sistema normativo, apoyado en el aparato coactivo del Estado, que actúe contra aquellos que no consideren entre sus objetivos el respeto a los derechos. La dimensión jurídica no es un añadido a unos derechos que son autosuficientes sólo con su aspecto ético, sino que es un elemento inseparable para la misma existencia de estos. Los derechos no son derechos sin pertenecer al ordenamiento y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función que los justifica.

En consecuencia, será la integración de estos dos elementos, moral y derecho, la que creará la noción de derecho fundamental. Un reconocimiento integral de la dignidad humana supondría aceptar una moralidad que incluya los cuatro elementos axiológicos citados, y supondría aceptar, también, que la eficacia social de estas pretensiones morales necesita de su incorporación al derecho positivo, en forma de derechos fundamentales, para garantizar la protección y justiciabilidad de los derechos de la dignidad humana.

Al igual que la dignidad humana es indivisible, los derechos fundamentales, es decir, los derechos civiles, políticos, sociales y colectivos, son también inseparables y exigen de un igual trato. Todos ellos tienen su fundamento en la dignidad humana.

En este sentido, la declaración final de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, declara que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados²⁹. Esto significa que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos y sociales, deben ser tratados de la misma manera y con el mismo énfasis. Así pues, toda persona debería tener derecho a una efectiva reparación en caso de vulneración de cualquier derecho suyo, sea

El tercer criterio es el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar el derecho a la vida contra la ley de quien es más fuerte físicamente, en segundo lugar los derechos a la inmunidad y de libertad contra el arbitrio de quien más fuerte políticamente, y en tercer lugar, los derechos sociales que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente. (L. FERRAJOLI, "Sobre los Derechos fundamentales", en M. CARBONELL (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*, cit., pp. 72-73).

²⁹ UN Do.A/CONF. 157/23, #1.5



del tipo que sea, como dice el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Con estas aclaraciones parece evidente pues, la existencia de argumentos claros para rebatir la visión de que los derechos civiles y políticos y los derechos sociales son derechos que tienen diferente naturaleza.

5. NUEVO CONSTITUCIONALISMO Y PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD DE LOS DERECHOS. ¿DERECHOS FUNDAMENTALES O, SIMPLEMENTE, DERECHOS?

En contraposición a las concepciones anteriores, uno de los elementos a destacar de alguna de las últimas Constituciones aprobadas en América Latina, concretamente de la Constitución venezolana de 1999 y las Constituciones ecuatorianas de 1998 y 2008, es, seguramente, la introducción de nuevas formas de ruptura con el desigual trato entre grupos de derechos, formas de ruptura con la distinción tradicional entre derechos fundamentales (civiles y políticos) y derechos no-fundamentales (sociales y colectivos) y la catalogización de todos los derechos sin distinción como derechos de igual jerarquía, todos con el mismo rango o categoría, esto es como derechos que vinculan en igual manera al Estado y a los particulares. Si nos fijamos en las Constituciones citadas, ya no hablan de “derechos fundamentales”, sino simplemente de “derechos humanos” o “derechos”.

Normalmente, como ya he señalado, se habla, en los textos constitucionales, de “Derechos Fundamentales” para establecer algún tipo de diferencia entre todos los derechos que aparecen en la Constitución. Esta diferencia expresa que en la Constitución no sólo aparecen los derechos explícitos en la declaración de derechos, los fundamentales que son de aplicación directa, sino que a lo largo del texto constitucional aparecerán muchos otros derechos de desarrollo legislativo. Además, la consagración positiva de un derecho como fundamental obliga a los operadores jurídicos a maximizar, en el momento de la interpretación constitucional, los mecanismos que permitan su protección frente a otros. Sin embargo, en modelos donde las diferencias entre derechos ya no existen en el orden lógico-deóntico, ni en la ausencia o presencia de características como la exigibilidad judicial, o en cuanto a las obligaciones que generan, como así sucede en el caso de la Constitución venezolana o de las dos últimas ecuatorianas, ¿qué sentido tiene continuar



manteniendo la diferenciación entre derechos fundamentales y no fundamentales? Esta es una diferenciación que sólo es útil a paradigmas ideológico-políticos de negación parcial de derechos, pero no a modelos basados en la indivisibilidad e interdependencia de los derechos. Es por eso que la Constitución de Venezuela de 1999 y las de Ecuador de 1998 y 2008 ya no usan la expresión “derechos fundamentales”, sino que, como decía antes, hablan sólo de “derechos humanos” o “derechos” sin más.

La Constitución bolivariana de Venezuela de 1999 reconoce los derechos civiles, los derechos políticos y del referendo popular, los derechos sociales y de las familias, los derechos culturales y educativos, los derechos económicos, los derechos de los pueblos indígenas y los derechos ambientales, en distintos Capítulos dentro de un mismo Título conjunto, el Título III “De los Derechos humanos y garantías, y de los deberes”, no usando, como vemos, la expresión de “derechos fundamentales” sino la de “derechos humanos”³⁰.

³⁰ A parte de las razones que estoy señalando en este trabajo de porque los citados textos constitucionales no usan la expresión de “derechos fundamentales” sino de “derechos” o “derechos humanos”, que son las razones que se debatieron en el seno de las respectivas asambleas constituyentes, mucho se ha discutido en la literatura sobre si existe o no existe alguna diferencia entre los términos de “derechos humanos” y “derechos fundamentales”. En ocasiones se ha argumentado que el sentido de este cambio de nombre lo encontramos en la contradicción hombre-ciudadano. De modo general, es ciudadano de un país todo aquel que no es extranjero, todo aquel que en el ámbito de un sistema jurídico determinado, posee ciudadanía, en sentido técnico-jurídico. Al hablar de derechos humanos, se atribuye la titularidad de los derechos a “todas” las personas, sin hacer distinción por razón de ciudadanía o nacionalidad, con ello se supera la común antinomia entre derechos fundamentales y ciudadanía presente en muchas Constituciones donde es el elemento de la ciudadanía lo que otorga derechos y genera obligaciones y en base a la cual muchos inmigrantes por razón del anclaje de tales derechos a las fronteras estatales de la ciudadanía y por los límites que les imponen las leyes contra la inmigración, ven negados sus derechos fundamentales (Ver: Consejo de Europa, “Study on obstacles to effective access of irregular migrants to minimum social rights”, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2005). Este es un problema destinado a convertirse en explosivo, en muchos países, con el crecimiento de la globalización y de las presiones migratorias y, a ser, si no se supera, fuente permanente de exclusión. (La antinomia entre derechos fundamentales y ciudadanía ha sido tratada por: L. FERRAJOLI, “Derechos Fundamentales” y “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en G. PISARELLO y A. de CABO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales: Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 40-44 y 172-180; y, L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 97-121).

La Constitución ecuatoriana de 1998, ubicaba en distintos Capítulos dentro del Título III (“Derechos, deberes y garantías”), a los distintos grupos de derechos: derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y colectivos. Este Título III de la Constitución no usaba tampoco el término de “derechos fundamentales” sino simplemente el de “derechos”. No obstante, sí que en otros puntos de la Constitución se usaba el concepto de “derechos fundamentales” para referirse a los derechos reconocidos en el Título III, por ejemplo, en el artículo 96, referido a la función de defensa de los mismos por el Defensor del Pueblo, pero considerando a todos los grupos de derechos como fundamentales y, por tanto, sin establecer jerarquías.

Esta igual jerarquía de los diferentes grupos de derechos se repite en la nueva Constitución ecuatoriana de 2008, que agrupa a todos estos derechos en el Título II (“Derechos”), en este nuevo texto en ninguna parte se habla de “derechos fundamentales”, sino simplemente de “derechos”. Además, el nuevo texto de 2008 presenta el elemento simbólico que, a diferencia del orden de enumeración de los derechos previsto en casi todas las Constituciones del mundo, las cuales empiezan el listado de derechos con los llamados derechos individuales civiles y políticos, lo cual visualiza una prelación que

Aunque, a pesar de esta argumentación, hay que decir que ni el llamar a los derechos de la carta “Derechos humanos” no implica que no hayan determinados límites en el reconocimiento de derechos para los extranjeros, la propia Constitución venezolana establece límites a los derechos políticos de los extranjeros sin ciudadanía (art. 39, 40, 41 y 64), ni tampoco, que el llamarlos “Derechos fundamentales”, tiene que implicar que estos no se reconozcan a los no-ciudadanos del país en cuestión, en la Constitución colombiana de 1991 usa la expresión “derechos fundamentales” y en su artículo 13 establece que “todas las personas (...) gozan de los mismos derechos sin ninguna discriminación por razón de (...) origen nacional (...)”. Por tanto, pocas son las diferencias entre las dos denominaciones.

A nivel internacional, la “Declaración de Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven”, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 40/144 de 13 de diciembre de 1985, reconoce a las personas “ilegales” residentes en un país del que no son nacionales, el derecho a unas condiciones de trabajo seguras y saludables, a un salario justo e igual remuneración por igual trabajo (art. 8(1)(g)), el derecho de sindicalización (art. 8(1)(b)), y ciertos derechos a la asistencia sanitaria, seguridad social, servicios sociales, educación y descanso (art. 8(1)(c)). Bajo el artículo 9, ningún extranjero puede ser arbitrariamente privado de sus bienes legalmente adquiridos, y de acuerdo con el artículo 5.1.g, tienen el derecho de enviar al extranjero sus ganancias, ahorros u otro tipo de activos monetarios, sujetos a la reglamentación monetaria nacional. Sin embargo, muchos derechos sociales y económicos importantes no están reconocidos, como el derecho al trabajo o a un nivel adecuado de vida. Otros derechos son mencionados pero con cláusulas que los limitan.



refleja las opciones políticas que subyacen el modelo liberal, invierte el orden e inicia el catálogo de derechos con los derechos sociales, a los que llama “derechos del buen vivir” (Título II Capítulo segundo) –cuyos sistemas, instituciones, programas, políticas, servicios, etc. para hacerlos efectivos se encuentran desarrollados en el Título VII (“Régimen del buen vivir”)– y “derechos de las personas y grupos de atención prioritaria” (Título II Capítulo tercero), y lo cierra con los derechos civiles, a los que denomina “derechos de libertad” (Título II Capítulo sexto) y “derechos de protección” (Título II Capítulo octavo).

5.1. La indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los derechos

Derivado de un tratamiento igualitario de todos los grupos de derechos surge el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos.

Como señala G. Pisarello, sin derechos sociales básicos, los civiles corren el riesgo de verse vaciados de contenido, el derecho a la vida o a la integridad física no pueden escindirse, sin grave menoscabo de su contenido, del derecho a un nivel adecuado de salud. Y de manera similar, frente al argumento de que el derecho a la libertad de expresión o a la asociación nada significa para quien padece hambre o no tiene casa, podría afirmarse que la conquista del derecho a la alimentación o a una vivienda depende en buena medida de la disposición de libertades civiles y políticas que permitan reivindicarlo³¹. Como señala P. Häberle, “la intensificación de las prestaciones estatales, como las que se ofrecen en caso de necesidad, enfermedad y desempleo, todas ellas “pequeñas libertades”, son sin embargo, *conditio sine qua non* para la realización de las “grandes libertades” políticas que reseña la Ley Fundamental”³².

Este principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos se encuentra reconocido explícitamente en las Constituciones acabadas de citar.

³¹ Ver: G. PISARELLO, “Los derechos sociales y sus garantías”, cit., pp. 40-41; A. EIDE y A. ROSAS, “Economic, social and cultural rights: a universal Challenge” en A. EIDE, C. KRAUSE y A. ROSAS, “Economic, Social and Cultural Rights: a textbook”, cit. p. 17; A. CANÇADO TRINDADE, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 98-99.

³² P. HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 170.

Aunque la Constitución de Ecuador de 1998 no establecía este principio de manera expresa, la nueva Constitución de 2008, en el artículo 11.6, afirma: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

Asimismo, el artículo 19 de la Constitución de Venezuela de 1999 dice: “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. (...)”. Además, y como ejemplo de indivisibilidad de los derechos, el artículo 83 de la Constitución venezolana hace del derecho a la salud un desarrollo necesario del primigenio derecho a la vida³³.

Este principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos, reconocido en las últimas Constituciones latinoamericanas, y que, de hecho, ha sido también incorporado en todos los tratados internacionales de derechos humanos de las últimas décadas (el informe final de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos celebrada en Viena en junio de 1993 declara que todos los derechos humanos son “universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados”³⁴, no está sin embargo explícitamente recogido en la mayoría de Constituciones latinoamericanas previas a la Venezolana y mucho menos, en la mayoría de Constituciones europeas actuales, las cuales se basan, en cambio, en una interpretación atomista y fragmentada de los derechos³⁵.

³³ Art. 83 Constitución Venezuela 1999: “La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. (...)”.

³⁴ Otros ejemplos de esta integración son la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), donde la libertad de expresión e información (art. 13), libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14) y otros derechos civiles se encuentran junto al derecho a la salud (art. 24), a la seguridad social (art. 25), a un nivel de vida adecuado (art. 27), a la educación (art. 28) y a la protección frente a la explotación económica (art. 32). Este es un tratado que ha sido ratificado por cerca de 150 Estados, lo que constituye la mayoría de la comunidad internacional.

O, la Convención internacional de eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965) y la Convención internacional de eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (1979), incluyen referencias expresas al derecho de gozar en igual medida de los derechos sociales, económicos y culturales que de los derechos civiles y políticos.

³⁵ Los defensores de una interpretación atomista o fragmentada de los derechos fundamentales, han sustentado tradicionalmente su posición desde dos direcciones:

a) La visión neo-kantiana de la fragmentación de los derechos: partiendo de las concepciones imperantes en el individualismo iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, de las que nació la teoría de la “relación intersubjetiva”, que consideraba el derecho como el acuerdo entre dos o más voluntades individuales, Kant lo definía como “el conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio de uno puede ponerse de acuerdo con el arbitrio de otro según una ley universal de libertad” (N. BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1993, p. 26), autores como F.K. Savigny o, W.N. Hohfeld, inspirador de lo que en la actualidad es el análisis neo-hohfeldiano de los derechos (G.W. RAINBOLT, *The concept of Rights*, Springer, Dordrecht, 2006, pp. 1-6), han desarrollado su teoría (W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions*, Editado por W.W. COOK y con introducción de W.W. COOK y A.L. CORBIN, Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1978) sobre la idea de que no existe un concepto previo, genérico e uniforme, de derecho, sino que cada derecho puede entrañar diferentes beneficios o deberes en función del caso, en unas ocasiones un derecho puede entrañar el deber de respetar a otra persona, en otras ocasiones el mismo derecho puede entrañar la permisibilidad para llevar a cabo determinadas acciones, en otras para validar el ejercicio, por parte del titular del derecho, de una acción legal, etc., por tanto, no existe una definición genérica previa de derecho sino que estos surgen y se concretan en el marco de relaciones bilaterales, de disputas específicas entre dos partes, “la plena manifestación de un derecho se da cuando la autoridad judicial interviene, en un caso concreto, para reconocer su existencia” (J.M. LIGHTWOOD, *The nature of positive law*, Macmillan, Londres, 1883). Esto hace, afirma Hohfeld, que los derechos no puedan analizarse genéricamente, pues en este estado no existen plenamente, sino que exijan de una interpretación “aislada” e “independiente” en cada caso concreto, que es cuando el derecho se concreta. Los derechos surgen o encuentran su fundamento en dar remedios a enfrentamientos concretos entre partes.

b) La visión liberal de la fragmentación de los derechos: Un ejemplo paradigmático de esta posición es J. Rawls. En *A theory of Justice* (1971) J. Rawls usa el caso de un hipotético contrato originario entre los miembros de una comunidad, todavía situados detrás de lo que el autor llama el “velo de la ignorancia”, que deben elegir los principios de justicia que regirán su comunidad. Rawls afirma que ellos distinguirían entre libertades básicas, por un lado, y distribución de ingresos y riqueza, por otro lado, dando prioridad a las primeras. El principal principio de justicia en “A Theory of Justice” son las libertades básicas, esto es: libertad política (derecho a votar y ocupar cargos públicos), derecho de expresión y de reunión, derecho a la libertad de pensamiento y de conciencia, derecho a la propiedad personal y prohibición de arresto arbitrario. Este primer principio tiene prioridad sobre el segundo principio de justicia, “the difference principle”, es decir, la equiparación de las desigualdades económicas y sociales. En consecuencia, nos dice Rawls, en ningún caso el intentar hacer efectivo el segundo principio puede ser una justificación para vulnerar libertades básicas. Las libertades básicas sólo pueden ser restringidas en aras a la libertad (J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge. 1999).

La diferencia entre estas dos visiones atomistas está en la fundamentación que cada una de ellas otorga a los derechos fundamentales. Para la primera, la fundamentación de los derechos no está en la dignidad humana sino en ser el remedio a enfrentamientos entre partes, mientras que para la segunda, sí está en la dignidad humana, aunque se basa en una concepción “amputada” o “reduccionista” de la dignidad humana.

En consecuencia, podemos decir que las Constituciones de Venezuela y Ecuador, al no diferenciar entre derechos fundamentales y no fundamentales o entre derechos y no derechos (principios) y, por tanto, al reconocer el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos, suponen una novedosa superación de la idea de fragmentación de los mismos y una reconstrucción de su integralidad e igual jerarquía, constituyéndose en textos constitucionales vanguardistas y alineados a la nueva tendencia internacional en este sentido.

6. ¿NUEVAS CLASIFICACIONES? LA DIFERENCIA ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS FUNDAMENTALÍSIMOS

La Constitución boliviana de 1967, vigente hasta enero del 2009, hacía una breve referencia, en el Título primero (“Derechos y deberes Fundamentales”), de la Parte primera de la Constitución (“La persona como miembro del Estado”), conjuntamente con el reconocimiento de los derechos civiles, a los derechos a la salud (art. 7.a), a “recibir instrucción y adquirir cultura” (art. 7.e), a una remuneración justa por el trabajo (art. 7.j), y a la seguridad social (art. 7.k)³⁶; pero, el resto de derechos del trabajo como el propio derecho a tener un trabajo, los derechos a la estabilidad laboral, a la huelga, a descansos semanales y anuales remunerados, a indemnización por tiempo de servicios, a tener asegurados los medios de subsistencia y rehabilitación en caso de accidente laboral o invalidez, a maternidad, así como otros derechos sociales como vivienda o asignaciones familiares, no aparecían, ni siquiera como “derechos”, sino que aparecían en el Título II (Régimen social), de la Parte tercera (Regímenes Especiales), como materias o “contingencias” (art. 158.II) que debían ser reguladas por la ley³⁷.

A diferencia del texto de 1967, la Constitución vigente de 2009, aprobada el 25 de enero de este año, no sólo reconoce como derechos sociales lo que en la Constitución de 1967 eran meras “contingencias” y añade muchos

³⁶ Los derechos políticos no aparecen dentro del Título primero (Derechos y deberes fundamentales) sino que se recogen, también en la Parte primera pero dentro del Título tercero (Nacionalidad y ciudadanía), Capítulo II (ciudadanía), con lo cual no se definen como derechos fundamentales sino como derechos de ciudadanía (art. 40-42).

³⁷ La única excepción de los derechos citados, es el derecho a la huelga que, si bien se reconoce, no como derecho fundamental sino en el Título de Régimen Social, dentro de la Parte tercera de Regímenes especiales, sí es definido como un “derecho” (art. 159.II).

otros derechos sociales anteriormente no previstos en la Constitución, sino que además otorga a los derechos sociales igual jerarquía y protección jurídica que a los derechos civiles y políticos.

La nueva Constitución boliviana reconoce todos los grupos de derechos³⁸ en distintos Capítulos aunque todos agrupados bajo el paraguas común del Título II: “Derechos fundamentales y garantías”.

Inicialmente, en el texto aprobado en el pleno de la Asamblea Constituyente, en su última sesión el 9 de diciembre de 2007, este Título II se titulaba “Derechos Fundamentalísimos, Derechos Fundamentales y garantías”, y en su interior se diferenciaba entre los siguientes capítulos: Derechos Fundamentalísimos (Capítulo segundo), Derechos civiles y políticos (Capítulo tercero), Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (Capítulo cuarto), y Derechos sociales y económicos (Capítulo quinto y sexto). Por tanto, diferenciaba entre derechos fundamentalísimos y derechos fundamentales. ¿Cuál era la razón de ser de esta diferencia entre derechos fundamentalísimos y fundamentales establecida por la Asamblea Constituyente?

Aunque a primera vista, viendo aquellos derechos calificados como fundamentalísimos: el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15), al agua y a la alimentación (art. 16), a la educación (art. 17), a la asistencia sanitaria (art. 18), a una vivienda adecuada (art. 19) y a servicios básicos (art. 20) y los calificados como fundamentales, el resto, la diferencia podía parecer responder a la voluntad de fijar una especie de jerarquía de protección de derechos basada en la famosa teoría de la jerarquía de necesidades elaborada por A. Maslow o M. Max-Neef y desarrollada posteriormente por otros autores como M. Nussbaum y A. Sen, según las cuales debe fijarse una diferencia entre determinados “bienes” y “capacidades” que, desde lo que estos autores llaman un punto de vista “primario”, no “derivado”, ayudan a que la vida de una persona pueda ser mejor, por ejemplo, desde un punto de vista “primario”, nos dicen, los alimentos o tener una vivienda ayudan mucho más a que la vida de alguien sea mejor que un frasco de perfume³⁹; de un análisis detallado del texto, observábamos que esto no es así, y que el pro-

³⁸ Los derechos civiles y políticos (Capítulo tercero), los derechos de las naciones y pueblos indígenas (Capítulo cuarto), los derechos sociales y económicos (Capítulo quinto), los derechos culturales y a la ecuación (Capítulo sexto) y los derechos de comunicación (Capítulo séptimo).

³⁹ M. NUSSBAUM y A. SEN (eds.), *The quality of life*, Clarendon Press, Oxford, 1993.



yecto de Constitución salido de la Asamblea Constituyente otorgaba un tratamiento absolutamente igual para todos los derechos. Igualdad que quedaba explicitada en tres puntos principales del texto: el artículo 13.I donde se establecía el principio de indivisibilidad e interrelación de los derechos reconocidos en la Constitución. En el mismo artículo 13, apartado III, que para evitar cualquier duda posible que todavía pudiera haber, afirmaba: “La clasificación de derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros”. Y, en el artículo 109, el cual reconocía aplicabilidad directa e igual justiciabilidad de todos los derechos, sin distinción.

Entonces, si no existía ningún tipo de diferencia en el tratamiento que el texto daba a los derechos fundamentalísimos y a los fundamentales, ¿cuál era la razón de ser de esta clasificación? Se trataba de una distinción que debía activarse y producir efectos en la interpretación judicial en casos de conflicto de derechos constitucionales. La división en derechos fundamentalísimos y fundamentales no era más que un criterio de interpretación constitucional para el caso de conflicto de derechos constitucionales.

El establecimiento de un criterio de interpretación de este tipo tiene especial sentido en la sociedad boliviana actual por dos razones: a) La frecuencia de conflictos de derechos en sociedades en proceso de transformación social; y, b) La tradición conservadora del Tribunal Constitucional y los jueces en Bolivia.

a) *La frecuencia de conflictos de derechos en sociedades en proceso de transformación social*

Al ser hoy Bolivia una sociedad en proceso de transformación social hacia un modelo de redistribución de las tierras y la riqueza es mucho más común que ocurran frecuentes situaciones de conflicto de derechos constitucionales, que no en otras sociedad como la de Estado Unidos, por ejemplo. En la actualidad, uno de los principales conflictos que vive el país, por ejemplo, es el conflicto de la propiedad y la ocupación de tierras.

Hay muchos casos sobre esta materia, pero para hacer referencia a uno de los más recientes. En el 2007, la familia Urquidi, propietaria de un latifundio ocioso con gran cantidad de hectáreas situado en el departamento de Oruro, interpuso un recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional de Bolivia, contra los líderes del “Movimiento sin techo”, ale-

gando que el 6 de marzo de 2006, alrededor de dos mil personas identificadas como miembros de este movimiento ocuparon su propiedad y construyeron allí viviendas en las que estaban viviendo; y, solicitando le fuera restituido su derecho constitucional a la propiedad privada, a través del desalojo inmediato de las personas asentadas en el territorio y de la demolición de las viviendas construidas por estas personas.

Nos encontramos pues, en un caso de conflicto de derechos, propiedad privada v. vivienda, que podría ser resuelto de distintas maneras. En aplicación de la Constitución boliviana de 1967 vigente en el momento de este caso, la propiedad privada era un derecho fundamental reconocido en el artículo 7.i) y garantizado explícitamente en el artículo 22, mientras que el derecho a la vivienda era un derecho que no gozaba de reconocimiento ni de protección constitucional como tal. Por tanto, no le costó mucho al Tribunal Constitucional boliviano resolver a favor del primero, dictando resolución concediendo el amparo constitucional y disponiendo que los recurridos y “quienes les secundaban” en la ocupación de tierras procedieran a su desocupación inmediata⁴⁰. Los derechos, entre otras cosas, están hechos para resolver conflictos entre partes, cuando una parte tiene un derecho y la otra no, la reivindicación de la primera prevalece sobre la de la segunda.

En el caso de que hubiera regido el proyecto constitucional aprobado por la Asamblea Constituyente, la propiedad (*derecho fundamental*) debería haber sido restringida, en tanto la restricción no exceda el límite de lo razonable, a favor del derecho a la vivienda (*derecho fundamentalísimo*) de aquellas personas que probaran no tener donde vivir ni recursos para comprar vivienda. Evidentemente, que en el conflicto de derechos se resuelva a favor de uno de las partes, no quiere decir que la otra parte deje de poseer el derecho de propiedad ni que la propiedad no sea un derecho universal.

b) *La tradición conservadora del Tribunal Constitucional y los jueces en Bolivia*

Quizá fijar estos criterios de interpretación progresista de la Constitución, a favor de los más desfavorecidos, tendría poco sentido en Colombia donde el trabajo a favor de los derechos sociales por la Corte Constitucional

⁴⁰ Bolivia, Tribunal Constitucional, Sentencia constitucional 0660/2007-R, de 31 de julio de 2007.



ha quedado claramente manifestado en años de jurisprudencia⁴¹, pero sí es importante en Bolivia donde el Tribunal Constitucional y los jueces siempre han sido conservadores.

Si algo ha caracterizado, durante las últimas décadas, las cortes en Bolivia no ha sido precisamente su activismo en favor de los menos favorecidos y en la protección de los derechos sociales. Uno de los factores que ha propiciado esta situación es la larga tradición, en el país, de subordinación y lealtad de los jueces a los intereses del poder político y económico, tanto a nivel nacional como local.

El retorno de la democracia en 1982, no sirvió para fortalecer la independencia judicial, sino para que los partidos políticos colocaran a su gente y aseguraran lealtades políticas en las Cortes de alta jerarquía. Como resultado, la Corte Suprema, por ejemplo, ha sido parte de un gran número de conflictos políticos en el Congreso. Lo mismo sucede en las cortes locales⁴². Si bien durante los años 90, especialmente con la reforma constitucional de 1994, se adoptaron un conjunto de reformas que perseguían reducir la dependencia judicial⁴³, la percepción pública generalizada continua siendo

⁴¹ Ver: A. NOGUERA, "¿Independencia o control? Los derechos sociales y los esfuerzos del Ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 143, 2009. pp. 129-161.

⁴² P. DOMINGO, "Weak Courts, Rights and Legal Mobilisation in Bolivia", en R. GARGARELLA, P. DOMINGO y T. ROUX (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, cit. p. 240.

⁴³ La reforma constitucional de 1994 creó nuevas instituciones de reorganización del poder judicial, instituciones como el Tribunal Constitucional, el Concejo de Judicatura, el Defensor del Pueblo o el Fiscal General. Además, reformó el mecanismo de nombramiento de los miembros de la Corte Suprema, estableciendo un mecanismo de nombramiento por dos tercios de los votos del miembro del Congreso, lo cual en principio debería reducir las presiones políticas sobre sus magistrados. De todas ellas, seguramente, una de las medidas más importantes adoptadas por la reforma constitucional de 1994, fue la creación del Tribunal Constitucional que pasó a asumir la función de control de constitucionalidad hasta ese momento ejercida por la Corte Suprema de Justicia. Aunque el Tribunal Constitucional boliviano sí ha sido activo en la protección de las libertades civiles y el debido proceso, especialmente en casos de justicia penal, desde sus inicios desarrolló jurisprudencia para corregir la larga tradición de detenciones policiales ilegales (Bolivia, Tribunal Constitucional, Sentencia 313/99-R, 421/99-R, 431/99-R, 092/00-R), o el número de casos, en procesos penales, donde el acusado no tenía acceso a un abogado (Bolivia, Tribunal Constitucional, Sentencia 0305/2003), lo cual no deja de ser importante; no se puede decir lo mismo para el caso de los derechos sociales.

que aquello que determina el sentido de los hechos en base a los cuales los jueces toman sus decisiones, son criterios políticos y no jurídicos⁴⁴.

En consecuencia, y debido a estos factores, las razones que se perseguían cuando la Asamblea Constituyente estableció en el texto la diferencia entre derechos fundamentalísimos y fundamentales, eran fijar criterios de interpretación para los jueces en situaciones de conflicto de derechos, que permitieran proteger los derechos de los más débiles social y económicamente frente a los más fuertes.

El carácter conservador del Tribunal Constitucional hoy en Bolivia se ha puesto de manifiesto con la dura oposición que esta institución ha realizando, desde el inicio, contra el gobierno de Evo Morales. Primero fue el enfrentamiento entre el Presidente y el Tribunal Constitucional, a raíz de la designación por parte del primero, de acuerdo con la facultad que le otorgaba el artículo 96.16 de la Constitución de 1967 ("Son atribuciones del Presidente de la República: (...) nombrar interinamente, en caso de renuncia o muerte, a los empleados que deban ser elegidos por otro poder cuando éste se encuentre en receso"), por medio de decreto y de forma temporal mientras el poder legislativo, que estaba en receso, no los nombrara, de cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia (Zacarías Valeriano Rodríguez (Tarija), Bernardo Bernal Callapa (Oruro), Carlos Jaime Villarroel Ferrer (La Paz) y Wilfredo Ovando Rojas (Cochabamba)). Ante esta designación, el Tribunal Constitucional emitió sentencia, declarando inconstitucional el decreto y cesando de sus funciones a los magistrados designados por el Presidente. Fruto de este episodio se inició una guerra entre Ejecutivo y Tribunal Constitucional que dio lugar al inicio de un juicio de responsabilidades iniciado por el Gobierno por el fallo que inhabilitó a los cuatro magistrados de la Corte Suprema designados por decreto. Produciéndose seguidamente y, como forma de boicot de esta institución al gobierno, la renuncia de cuatro de los magistrados del Tribunal Constitucional, quedando en la actualidad Silvia Salame como única magistrada. Esta última como única magistrada, intentó frenar la celebración del referendo revocatorio para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República y de los prefectos que convocó Evo Morales para el 10 de agosto de 2008, después de que algunos meses antes algunas encuestas daban por ganador al Presidente y Vicepresidente de la República y por revocados algunos prefectos opositores, como así fue. A raíz de una demanda de inconstitucionalidad contra el referendo revocatorio interpuesta por el diputado opositor Arturo Murillo, de Unidad Nacional (UN), la magistrada Salame, ante la imposibilidad de poder emitir sentencia de inconstitucionalidad por falta de quórum, emitió un decreto ordenando, sin éxito, a la Corte Nacional Electoral frenar el proceso hasta que el Tribunal cuente con todos los magistrados que necesite y analice el tema de fondo.

⁴⁴ G. BURGOS, "¿Hacia un Estado de derecho? Relato de un viaje inconcluso", en J. PRATS (ed.), *Diagnóstico institucional de Bolivia. El desarrollo posible, las instituciones necesarias*, IIG, Barcelona, 2003, pp. 225-308; E. GAMARRA, *The System of Justice in Bolivia: An Institutional analysis*, Center for the Administration of Justice, Miami, 1991; E. RODRIGUEZ, "Legal Security in Bolivia", en J. CABTREE y L. WHITEHEAD (eds.), *Towards democratic viability: the Bolivian experience*, Palgrave, Houndmills, 2001.

Sin embargo, esta denominación de fundamentalísimos a un grupo de derechos, desapareció fruto de una exigencia de los partidos de oposición en las últimas negociaciones y revisión del proyecto constitucional, por parte del Congreso, antes del referendo constitucional. Debido a que el partido de gobierno, el MAS, no tenía mayoría en la segunda cámara, no disponía de la mayoría suficiente para poder aprobar la ley de convocatoria de referendo constitucional, lo que le obligó a tener que ceder en la reforma de algunos artículos del texto aprobado por la Asamblea Constituyente para lograr los votos de la oposición necesarios para convocar a referendo mediante ley⁴⁵.

Ahora bien, la exigencia de la oposición de eliminar el concepto de derechos fundamentalísimos, respondió más al simple hecho de que les parecía un término mal sonante o poco jurídico, ajeno a la tradición del constitucionalismo tradicional, que no al hecho de que entendieran realmente cual era la razón de ser y las consecuencias jurídicas de esta clasificación. Lo demuestra el hecho de que lo único que exigieron fue sustituir la palabra “fundamentalísimos” por “fundamentales” las dos veces que aparecía en el texto, pero sin cambiar la estructura ni la sistemática del título II de Derechos construido inicialmente por la Asamblea Constituyente alrededor de la lógica de tal diferenciación.

De la mera sustitución del concepto “fundamentalísimos” por “fundamentales” sin cambiar la estructura ni sistemática del Título, ha acabado resultando, en la Constitución vigente aprobada por referendo el pasado 25 de enero, un confuso Título II, titulado: “Derechos Fundamentales y garantías”, en el interior del cual hay los siguientes capítulos: Derechos Fundamentales (Capítulo segundo -antes fundamentalísimos-), Derechos civiles y políticos (Capítulo tercero), Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (Capítulo cuarto), y Derechos sociales y económicos (Capítulo quinto y sexto).

Con lo cual, lo que antes eran derechos fundamentalísimos, ahora son derechos fundamentales por partida doble, por ubicarse dentro del Título II y a la vez dentro del Capítulo segundo del mismo, por tanto son *Derechos fundamentales-fundamentales*. Y, los que antes eran derechos fundamentales, ahora son derechos fundamentales por partida única, por ubicarse dentro del Título II y fuera del Capítulo segundo del mismo, por tanto son *Derechos fundamentales-no fundamentales*.

⁴⁵ Ley núm. 3942 de Convocatoria de Referendo Constitucional de 21 de octubre de 2008.

Esta nueva clasificación sólo complejiza, de manera importante valga decirlo, el entendimiento de la estructura del Título II de la nueva Constitución boliviana de 2009, pero no rompe la filosofía que persiguió la Asamblea Constituyente inicialmente, que en caso de conflicto de derechos entre un derecho clasificado como fundamentalísimo o, ahora, *fundamental-fundamental*, y un derecho fundamental o, ahora, *fundamental-no fundamental*, se deba proteger siempre el primero.

7. CONCLUSIONES

De lo expuesto hasta aquí podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. Después de lo que fue un debate equilibrado de los derechos entre 1914 y 1947, la Guerra fría y la lucha ideológico-territorial entre los dos bloques, cada uno de ellos anclado en la defensa de un grupo de derechos y exclusión de los otros, supuso el inicio de la fragmentación y categorización de los distintos grupos de derechos.

2. Esta fragmentación y categorización de los derechos se ha expresado en un tratamiento desequilibrado, con distintos niveles de protección, para cada uno de los grupos de derechos, en función del bloque en el que se encontraba cada país. Desequilibrio del que se deriva la situación de “minoría de edad” en que se encuentran los derechos sociales con respecto los derechos civiles y políticos, en la mayoría de Constituciones.

3. La diferenciación y desigual trato entre grupo de derechos se establece a partir de la distinción en los textos constitucionales entre derechos fundamentales y no fundamentales, o a partir de la visión acerca de la distinta naturaleza jurídica de los grupos de derechos de la que deriva la diferenciación entre derechos (civiles y políticos) y no derechos (sociales).

4. Este desigual trato de los grupos de derechos vulnera totalmente el principio de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos. Principio no reconocido en el constitucionalismo tradicional.

5. No obstante, está apareciendo en los últimos años, conjuntamente con determinados tratados internacionales de derechos humanos, un nuevo constitucionalismo latinoamericano de los derechos, donde se establece un reconocimiento pleno e igual jerarquía de todos los derechos, así como del principio de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos.



6. Algunas manifestaciones de esta nueva tendencia son las Constituciones de Ecuador de 1998 y 2008 y la venezolana de 1999. Estas Constituciones ya no diferencian entre derechos fundamentales y no fundamentales, sino que hablan simplemente, de “derechos” o “derechos humanos”. En modelos donde se reconoce la indivisibilidad de los derechos y, por tanto, las diferencias entre derechos ya no existen en el orden lógico-deóntico, ni en la ausencia o presencia de características como la exigibilidad judicial, o en cuanto a las obligaciones que generan, ¿qué sentido tiene continuar manteniendo la diferenciación entre derechos fundamentales y no fundamentales? Esta es una diferenciación que sólo es útil a paradigmas ideológico-políticos de negación parcial de derechos, pero no a modelos basados en la indivisibilidad e interdependencia de los derechos.

7. Del proceso constituyente boliviano salió una nueva diferenciación entre grupos de derechos, la distinción entre derechos fundamentalísimos y derechos fundamentales, diferencia que no era contradictoria con el principio de igual jerarquía e indivisibilidad de los derechos, que estaba expresamente reconocido en el proyecto aprobado por la Asamblea Constitucional. Ésta diferenciación, después de las últimas negociaciones y revisión del texto final en el Congreso, ha acabado, aunque manteniendo la misma razón de ser, efectos jurídicos y compatibilidad con el principio de indivisibilidad, adquiriendo una denominación mucho más confusa, la distinción entre *derechos fundamentales-fundamentales* y *derechos fundamentales-no fundamentales*.

REFERENCIAS

- BOBBIO, N. “¿Qué alternativas a la democracia representativa?”, *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Chile, núm. 16, 1980.
- *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1993.
- BÖCKENFORDE, E.W. “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, en *Escritos sobre derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.
- BOSSUYT, M. “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”, *Revue des droits de l'homme*, vol. 8, 1975.
- *L'interdiction de la discrimination Dans le droit International des droits de l'homme*. Bruylant, Bruselas, 1976.
- BURGOS, G. “Hacia un Estado de derecho? Relato de un viaje inconcluso”. En J. PRATS (ed.), *Diagnóstico institucional de Bolivia. El desarrollo posible, las instituciones necesarias*, IIG, Barcelona, 2003.

- CANÇADO TRINDADE, A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- CERRONI, U, *Marx y el derecho moderno*, Jorge Álvarez, Buenos Aires, 1965.
- Consejo de Europa. "Study on obstacles to effective acces of irregular migrants to minimum social rights", *Consejo de Europa*, Estrasburgo, 2005.
- COURTIS, C., "Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America", en R. Gargarella, P. Domingo y T. Roux (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Ashgate, Aldershot, 2006.
- CRANSTON, M., "Human Rights, Real and Supposed, en D.D. Raphael (ed.). *Political Theory and the Rights of Man*", Macmillan, Londres, 1967.
- P. DOMINGO, "Weak Courts, Rights and Legal Mobilisation in Bolivia", en R. Gargarella, P. Domingo y T. Roux (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Ashgate, Aldershot, 2006.
- EIDE A. y ROSAS A., "Economic, social and cultural rights: a universal Challenge", en A. Eide, C. Krause y A. Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: a handbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1995.
- EIDE, A., "Economic, social and cultural rights as human rights" en A. Eide, K. Krause y A. Rosas (eds.), *Economic, social and cultural rights: a handbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1995.
- FABRE, C., *Social Rights under the Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 2000.
- FERRAJOLI, L., "Sobre los Derechos fundamentales". En M. Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2006.
 - "Derechos Fundamentales" y "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho". En G. Pisarello y A. de Cabo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales: Luigi Ferrajoli*, Trotta. Madrid, 2005.
- FRIED, C., *Right and Wrong*, Harvard University Press, Cambridge, 1978.
- GAMARRA, E., *The System of Justice in Bolivia: An Institutional analysis*, Center for the Administration of Justice, Miami, 1991.
- GARRIDO FALLA, F., "El artículo 53 de la Constitución", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, 1979.
- HÄBERLE, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002.
- HOHFELD, W.N., *Fundamental Legal Conceptions*, editado por W.W. Cook y con introducción de W.W. Cook y A.L. Corbin, Greenwood Press, Westort, Connecticut, 1978.
- HUNT, P., *Reclaiming Social Rights. International and Comparatives Perspectives*, Dartmouth, Londres, 1996.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta. Madrid. 1999.

- KARTASHKIN, V., "Economic, Social and Cultural Rights". En K. Vasak y P. Alston (eds.), *The International Dimensions of Human Rights*, Greenwood Press, París, Vol. I, 1982.
- LAPORTA, F., "Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema". En J. Betegón et.al. (ed.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- LIGHTWOOD, J.M., *The nature of positive law*, Macmillan, Londres, 1883.
- NOGUERA, A., "¿Independencia o control? Los derechos sociales y los esfuerzos del Ejecutivo por el control de la Corte Constitucional en Colombia", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 143, 2009.
- NUSSBAUM M. y SEN A. (eds.), *The quality of life*, Clarendon Press, Oxford, 1993.
- PECES-BARBA, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, L., "El constitucionalismo de los derechos", en M. Carbonell (ed.), *Teorías del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.
- PLANT, R., "Needs, Agency and Welfare Rights", en J.D. Moon (ed.), *Responsability, Rights and Welfare: A Theory of the Welfare State*, Westview Press, Boulder, 1988.
- RAINBOLT, G.W., *The concept of Rights*, Springer, Dordrecht, 2006.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.
- RODRIGUEZ, E., "Legal Security in Bolivia", en J. Cabtree y L. Whitehead (eds.), *Towards democratic viability: the Bolivian experience*, Palgrave, Houndmills, 2001.
- SAGÜÉS, N.P., *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, Porrúa, México, 2004.
- SEN, A., *Inequality Re-Examined*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- SUMNER, L.W., *The Moral Foundation of Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1987.
- THOMPSON, J.J., *The Realm of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, 1990.
- T. Van BOVEN, "Distinguishing Criteria of Human Rights", en K. Vasak y P. Alston (eds.), *The International Dimensions of Human Rights*, Greenwood Press, Paris, 1982.
- Van de LUYTGAARDEN, E., *Introduction to the theory of Human Rights Law*, Universidad de Utrecht. Utrecht, 1993.
- Van HOOFF, G.J.H., "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views", en P. Alston y K. Tomasevki (eds.), *The Right to food*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984.

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ

Área de Derecho Constitucional. Departamento de Derecho Público
Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura
Av. de la Universidad s/n 10071 Cáceres
e-mail: albertnoguera78@hotmail.com